

Психосоциология прав человека: две петражицкианские перспективы**

1. Введение. Профессор А.В. Поляков посвятил несколько важных работ для демонстрации того, что теория права Льва Петражицкого превосходит некоторые аспекты современной интегральной или коммуникативной теории права. Относительно причин, по которым коммуникативному подходу необходимо отдать предпочтение по сравнению с иными подходами, А.В. Поляков пишет следующее:

«...Во-первых, теория права при таком ее понимании позволяет объяснить наибольшее количество явлений, охватываемых словом “право”. [...] Она оперирует *единым понятием права* (курсив мой. — Э.Ф.)¹, непротиворечиво включающим родовые и видовые признаки. [...]

Во-вторых, право рассматривается в этом случае как сфера человеческого взаимодействия и взаимопонимания, согласия и компромисса, свободы и ответственности, равенства и справедливости, что позволяет и совершенствовать его в этом духе... [...]

В-третьих, право в рамках такого подхода рассматривается как феномен имеющий не государственную, а институциональную и intersubjective природу. Такой взгляд на право позволяет, в частности, объяснить и понять отношения, связанные с взаимодействием негосударственных акторов на международной арене, и объяснить существование правового плюрализма.

В-четвертых, такой подход дает возможность лучше понять природу прав человека, объясняя ее не с позитивистско-этикетской и

* Эдуардо Фиттипальди — доктор социологии права, штатный исследователь — профессор права Государственного университета Милана.

** Я выражаю особую благодарность Елене Тимошиной за ее предложения и критические замечания, которые помогли мне существенно усовершенствовать этот текст.

¹ Вот определение, которое А.В. Поляков дает в сноске: «Право есть общезначимый и общеобязательный институциональный порядок отношений, субъекты которого нормативно взаимодействуют на основе социально-легитимированных правовых текстов, реализуя принадлежащие им права и обязанности» (Поляков А.В. Что есть право? // Правоведение. 2012. № 6. С. 209).

естественно-правовой точек зрения, а скорее, с позиции, “примиряющей” позитивизм и юснатурализм. Такую позицию можно назвать интегральной, или коммуникативной»².

С точки зрения сторонника петражицкианства, подобного мне, некоторые из оснований для предпочтения интегрального или коммуникативного подхода к праву перед иными подходами могут быть использованы и в поддержку строгого петражицкианства.

Что касается первого пункта, то мы помним, что профессор Поляков включает в свое *комплексное* определение понятия права также идею Петражицкого об императивно-атрибутивном характере права (см. сн. 1). Второй пункт представляется совместимым с концепциями политики права и эволюции права Петражицкого. В отношении третьего пункта едва ли необходимо подчеркивать, что теория права Петражицкого оценивалась некоторыми авторами как наиболее радикальная юридико-плюралистическая теория права, которая когда-либо была выдвинута. Что же касается четвертого пункта, то, напротив, в работах Петражицкого можно встретить лишь несколько намеков на явление прав человека. Таким образом, цель данной статьи состоит именно в том, чтобы показать, как явление прав человека может быть рассмотрено в петражицкианской перспективе. В особенности моей целью является показать, что строгая петражицкианская перспектива также способна, используя выражение профессора Полякова, «примирить позитивизм и юснатурализм».

Но несмотря на важные черты сходства между интегральной³ концепцией права и петражицкианством (как я его понимаю), существуют определенные различия, которые необходимо подчеркнуть.

Первое. Как мы знаем, Петражицкий не говорит нам, что есть право. Он просто предлагает *условное* определение термина «право». Петражицкий отмечал, что его условное определение имеет «приблизительное совпадение» с обычным словоупотреблением, но он не предлагает детальной теории для объяснения того, как яв-

² Поляков А.В. Что есть право? С. 209.

³ О возможной связи между понятием коммуникации и понятием унификации Петражицкого см., напр.: Polyakov A.V., Antonov M. Leon Petrażycki's Legal Theory and Contemporary Problems of Law // Standing Tall. Hommages à Csaba Varga. Budapest, 2012. P. 371–381 (сн. 31).

ление, условно называемое «право», приводит к появлению соответствующих слов в различных языках⁴.

Конечно, можно доказывать, что из теории Петражицкого мы можем извлечь много условных определений для выбора подмножеств или множеств, пересекающихся с теми некогерентными множествами объектов, которые «выбраны» наивным словоупотреблением и которые таким образом обозначены словом «право»: право как *императивно-атрибутивные* (т.е. правовые) *переживания*, право как *позитивные* правовые переживания, как *официальные* правовые переживания, как *проекции*, возникающие из правовых переживаний, как *правовая догматика*, как *нормативные факты*, как *принудительно осуществляемые* императивно-атрибутивные убеждения и т.д. Все эти понятия, взятые вместе, будут охватывать, используя выражение профессора Полякова, «наибольшее количество явлений, охватываемых словом “право”». Но даже в этом случае теория Петражицкого не может рассматриваться как *интегральная* теория права, поскольку оперирует не «*единым понятием права*», а многими. Вероятно, для отсылки к подходу Петражицкого (и моему) мы могли бы использовать термин квази-интегральная теория права. Если этот термин может быть принят, то мы могли бы сказать, что в данной статье я стремлюсь предложить некоторые перспективы для квази-интегральной теории прав человека/основных прав.

Второе. Как строгий петражицкианец я разделяю психологический субъективизм Петражицкого. А.В. Поляков и М.В. Антонов отмечают, что «по мнению Анджея Валицкого, Санкт-Петербургская школа была разделена на две группы. Первая развивала идеи Петражицкого об интуитивном праве [...], вторая разрабатывала социологию права [...]. Мы полагаем, что вторая группа смогла взять лучшее из правовых концепций Петражицкого».⁵ Необходимо далее подчеркнуть, что я строго принадлежу к первой группе и в этом также заключается причина, по которой я буду использовать понятие интуитивного права при обсуждении прав человека в петражицкианской перспективе. В некотором смысле *мой вклад может рассматриваться как попытка показать, что права человека*

⁴ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 1909. С. 139.

⁵ Polyakov A.V., Antonov M. Leon Petrażycki's Legal Theory and Contemporary Problems of Law. P. 373.

могут быть плодотворно помещены в рамки теории Петражицкого, даже при сохранении наиболее спорных ее положений, таких как солипсизм и все его следствия.

Несмотря на эти различия с современной петербургской интерпретацией идей Петражицкого, важная часть данной статьи была вдохновлена анализом «Антигоны» Софокла, проведенным профессором Поляковым в его статье «Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права»⁶. Как я уже отмечал, я полностью присоединяюсь к его утверждению о возможности «примирить позитивизм и юснатурализм», и мне несложно присоединиться к его замечаниям о том, что «реальность прав человека... не зависит напрямую от государства»⁷ или что «и без поддержки государства такие права существуют»⁸, так же как и к тому, что «не происходит “автоматического” уничтожения прав человека по воле государства»⁹. Поэтому я надеюсь, что моя итальянская версия петражицкианства не будет слишком чуждой для тех, кто развивает его наследие в Санкт-Петербургском университете — этом престижном университете, который видел самые продуктивные годы Льва Петражицкого.

Перед тем как попытаться поместить вопрос о правах человека в петражицкианскую перспективу необходимо сделать несколько замечаний относительно совпадений и различий между правовой концепцией Петражицкого и моей версией петражицкианства.

Во-первых, я придерживаюсь основных положений правовой концепции Петражицкого, выделяемых Кшиштофом Мотыкой: «психологизм, антиэтатизм и коррелятивизм, тезис о мотивирующей и воспитательной функциях права наряду с концепцией политики права, а также в числе его методологических утверждений — идея адекватности»¹⁰.

⁶ Поляков А.В. Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права // Правоведение. 2013. № 4.

⁷ Там же. С. 24.

⁸ Там же.

⁹ Там же. В моей петражицкианской перспективе подобное утверждение означает принятие точки зрения определенной догматики права в качестве точки зрения правовой теории. Такие ошибки, используя терминологию профессора Полякова, типичны для классических правовых концепций, которые характеризуются тем фактом, что они «подчеркивают какую-либо одну сторону права», игнорируя остальные (Поляков А.В. Что есть право? С. 200).

¹⁰ Motyka K. Wpływ Leona Petrażyckiego na polską teorię i socjologię prawa. Lublin, 1993. P. 198.

Во-вторых, я думаю, что концепция права Петражицкого должна быть скорректирована в свете результатов современных эмпирических исследований (например, психологии, социологии, лингвистики и этологии), так же как и в свете современной эпистемологии, в особенности критического рационализма, разработанного Карлом Поппером и Гансом Альбертом, — единственного, на мой взгляд, направления, совместимого с петражицкианством¹¹.

В-третьих, я полагаю, что теория Петражицкого должна быть скорректирована:

1) в свете серьезной критики со стороны таких последователей его теории, как Ежи Ланде, Витольд Рудзинский, Яцек Курщевский и др. (среди прочего, я принимаю идею Курщевского о чисто атрибутивных явлениях, для которых я также использую термины *агонистические явление* и *агонизм*¹²), так же как и

2) в свете идей немногих не-петражицкианских теоретиков права, чьи идеи, на мой взгляд, могут быть использованы в строгих петражицкианских рамках; эти теоретики права делятся на две подкатегории:

2.1) сторонники других психологических теорий права: главным образом, Энрико Паттаро, Карл Оливекрона и Аксель Хэгерстрем;

2.2) сторонники юридико-догматических концепций — такие как Ганс Кельзен и Амедео Дж. Конте; данные концепции могут быть использованы для развития петражицкианской правовой догматики или адаптированы к петражицкианской правовой теории.

Для того чтобы прояснить различие между теорией права и юридической догматикой, напомним, что Петражицкий выделял шесть видов правовых наук: (1) теорию права, (2) описательное правоведение, (3) историю права, (4) правовые прогнозы, (5) политику права и (6) юридическую догматику¹³. Только (1), (2), (3) и (4) были названы им теоретическими науками: (1) — в строгом смысле и (2), (3) и (4) — в широком смысле. Это не означает отрицания того, что утверждения политики права и юридической догматики являются

¹¹ См.: Fittipaldi E. *Continental Realism // Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil-Law World* / eds. E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht: Springer (готовится к выходу в свет в 2015 г.).

¹² Это понятие было введено Яцеком Курщевским в 1976 г. (подробнее об этом см.: Fittipaldi E. 1) *Explaining Naïve Legal Ontology*. Milan, 2012; 2) *Per una definizione interdisciplinare di norma // Sociologia del diritto*. 2013. № 2 (40)).

¹³ Cp.: Petrażycki L. *Nowe podstawy logiki i klasyfikacja umiejętności / z rękopisu wyd. J. Finkelkraut [J. Licki]*. Warszawa, 1939. P. 110.

ся эмпирическими некоторым непрямым образом¹⁴. Тем не менее, только теоретические, описательные, исторические и предсказательные правовые суждения¹⁵ являются *wahrheitsfähig* (способными к истинности или ложности) в строгом смысле, и только науки, которые состоят из этого вида суждений, являются теоретическими в смысле Петражицкого¹⁶.

Здесь я рассмотрю вопрос о том, как многогранное социоправовое явление основных прав может быть помещено в рамки *теоретических* правовых наук Петражицкого. Я сделаю лишь несколько намеков на вопросы политики права. Более того, я *надеюсь, что смогу скрыть свои собственные нормативные взгляды на эти вопросы. Мой подход стремится быть ценностно-свободным.*

Чтобы избежать недопонимания, я воздержусь от использования терминов «теория права» и «теоретико-правовой» в том смысле, в каком их использовал Петражицкий¹⁷. Для отсылки к тому, что Петражицкий понимал под этими терминами, я буду использовать термин «психосоциология права».

Вданной статье я буду применять к «правам человека» / «основным правам» (используя их как взаимозаменяемые) квази-интегральный метод определения термина «право», который, по моему мнению, может быть извлечен из использования Петражицким условных определений. В частности, я предложу два условных определения «прав человека», вдохновленных работами Петражицкого и, таким образом, попытаюсь поместить, по крайней мере, некоторые

¹⁴ Ср.: Lande J. O ocenach. Uwagi dyskusyjne // Lande J. Studia z filozofii prawa / oprac. K. Opalek. Warszawa, 1959. S. 828; Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности: критическая защита концепции юридической догматики Льва Петражицкого / пер. с англ. Е.В. Тимошиной, А.А. Краевского, Д.Е. Тонкова // Правоведение. 2013. № 5; Fittipaldi E. Jerzy Lande // Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil-Law World / eds. E. Pattaro, C. Roversi. Dordrecht: Springer (готовится к выходу в свет в 2015 г.).

¹⁵ Разумеется, Петражицкий использовал бы здесь свое понятие позиции. О понятии позиции у Л.И. Петражицкого см.: Тимошина Е.В. Как возможна теория права? Эпистемологические основания теории права в интерпретации Л.И. Петражицкого. М., 2012. С. 56–65.

¹⁶ Подробнее о делении наук на теоретические и практические в концепции Петражицкого см., напр.: Тимошина Е.В. Л.И. Петражицкий vs. Е. Эрлих: два проекта социологии права // Правоведение. 2013. № 5. С. 84–87.

¹⁷ Ср.: Петражицкий Л.И. Введение в изучение права и нравственности: Основы эмоциональной психологии. СПб., 1908; Petrażycki L. Nowe podstawy logiki i klasyfikacja umiejętności.

аспекты этого сложного явления в петражицкианство. В п. 2 я условно переопределяю права человека как гуманные права, в то время как в п. 3 я переопределяю их как своего рода содержательные ананкастические и парананкастические нормативно-фактические убеждения.

2. Основные права и аффилиативные установки. Понятие *прав человека* или *основных прав* это социальное понятие. *Социальное понятие* — в противоположность *социологическому понятию* — это понятие, которое социолог *находит* в обществе. Напротив, социологическое понятие представляет собой понятие, которое социолог *вводит* для исследования общества.

Социальные понятия — это практические понятия в смысле Петражицкого. Таким образом, мы едва ли можем ожидать, что они, как таковые, подходят для создания адекватных теорий.

Протицирую фрагмент, в котором Петражицкий обсуждает понятие *овоща/зелени*.

«Профессиональное словоупотребление естественно приноровляется к тем специальным практическим потребностям и целям, которые свойственны данной специальной сфере практической жизни. С точки зрения таких потребностей и целей могут иметь *одинаковое* практическое значение, одинаковую ценность и т.п., и требовать к себе *одинакового* практического отношения (поведения) *разнороднейшие* по своей природе, по своим объективным свойствам объекты; *однородные* объекты могут иметь *различное* значение и требовать к себе различного практического отношения. С этим соотнобразуется соответственное специально-практическое словоупотребление, объединяя разнородное и разделяя однородное, как это удобно и уместно с точки зрения данной специальной потребности и цели и только с этой точки зрения. Напр., с кулинарной, поварской точки зрения различнейшие растения и притом разные части растений разных родов, видов и т.д. объединяются в одну группу и получают одно имя, напр. “зелени”, “овощей” и т.д. — потому, что все они ценятся, как материал для приготовления пищи или для какой-либо специальной кулинарной надобности (напр. в качестве приправ и проч.); а обезличенные однородные с ними по своей природе растения исключаются из группы и не пользуются соответственным именем; некоторые потому, что не вкусны; другие потому, что их надо было бы очень долго варить или вообще так сложно проготовлять, что питательный или гастрономический результат не оплачивал бы затрат; третьи потому, что они колючи, жестки или т.п.; четвертые потому, что они вызывают расстройст-

во желудка или головные боли и т.п.; пятые потому, что их употреблению мешают какие-либо особые местные обычаи, предрассудки, незнание их качеств, и проч., и проч.»¹⁸.

Я полагаю, что понятие *основного права* или *права человека* сталкивает социолога права с проблемами, сходными с проблемами социального понятия *овощей* или *зелени* для ботаника. Должны ли права животных считаться правами человека? Должна ли в качестве такового считаться месть за убийство своего ребенка? Может ли *jus necessitatis* — *типичное* для континентальных уголовных кодексов — рассматриваться как право человека? Является ли предметом права человека отправление физиологических функций? Или, если обратиться к примеру, используемому А.В. Поляковым, существует ли право погребать своих мертвецов¹⁹?

Понятие *основного права/права человека* и соответствующие термины используются по самым разным причинам. Более того, все мы знаем, что каталог основных прав со временем меняется. Некоторые основные права спорны. Соответственно, можно сказать, что концепции основных прав/прав человека, по крайней мере в некоторой степени, «существенно оспариваемые понятия»²⁰.

Это не означает отрицание того, что такое социальное понятие может быть предметом социологического исследования, даже в петражицкианской перспективе.

Прежде всего необходимо подчеркнуть: тот факт, что понятие *основного права* — это социальное понятие, не исключает научной ценности лингвистических исследований того, каким образом такие термины, как «права человека», «*droits de l'homme*», «*Menschenrechte*» и т.д., используются в настоящее время и использовались в прошлом²¹.

Некоторые гипотезы были сделаны относительно тенденций развития основных прав. Под тенденцией развития я понимаю здесь изменение *содержания (intension)* и *объема (extension)* терми-

¹⁸ Петражицкий Л.И. Введение в изучение права и нравственности. С. 52.

¹⁹ Поляков А.В. Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права. С. 28.

²⁰ Gallie W.B. 1) Essentially Contested Concepts // Proceedings of the Aristotelian Society. 1956. № 56; 2) Art as an Essentially Contested Concept // The Philosophical Quarterly. 1956. № 23 (6).

²¹ Ср.: Петражицкий Л.И. Введение в изучение права и нравственности. С. 50.

нов «основные права»/«права человека» в разных языках. В этом контексте называют стремление к равенству и/или стремление к свободе и/или стремление к законности, *etc.*

Я не собираюсь утверждать, что эти стремления не играют роли в данном социальном явлении. Я всего лишь думаю, что среди этих стремлений мы можем отметить предположение Петражицкого о *существовании в истории человечества тенденции к увеличению аффилиативных эмоций*²². Это, как полагал Петражицкий, «объясняет», почему, например, наказания современных законов значительно мягче наказаний древних законов.

²² Ср.: Петражицкий Л.И. К вопросу о социальном идеале и возрождении естественного права // Петражицкий Л.И. Теория и политика права. Избр. тр. / науч. ред. Е.В. Тимошина. СПб., 2010. С. 568. Петражицкий использует термины *симпатия* и *карикативные эмоции* (см., напр.: Петражицкий Л.И. Введение в изучение права и нравственности. С. 507). В других местах он говорит о любви или солидарности (см., напр.: Петражицкий Л.И. К вопросу о социальном идеале и возрождении естественного права. С. 567, сноска 2). Я предпочитаю использовать термин *аффилиативные эмоции*, чтобы подчеркнуть возможную связь с современными этологическими исследованиями (см. ниже в тексте). Употребление Петражицким слова «любовь» сейчас может прозвучать наивно, но нужно иметь в виду, что Петражицкий различал, по меньшей мере, три возможных значения этого термина: «Любовь-многозначное слово... Это слово в разных случаях означает склонности к весьма различным моторным возбуждениям по адресу определенного объекта или объектов известного класса. Так, в половой области любовь означает склонность к половым возбуждениям по адресу известной особы другого пола. Нечто совсем иное представляет любовь, когда, напр., говорится о любви между братьями, сестрами и т.д. Это склонность к эмоциональным переживаниям, благожелательно-привлекательного характера, с акциями, направленными на причинение приятного, добра, избегание или устранение противоположного ("преданность") и на пребывание вместе, предупреждение или устранение разлуки ("привязанность"). Опять иное означает "любовь к ближним", имея для особого эмоционального характера, состоящего в отсутствии или, точнее, слабом развитии склонностей к одиозным, зложелательным моторным возбуждениям по адресу других, и в сильном и обильном развитии склонностей противоположного, каритативного, благожелательного характера (но без стремления быть вместе, не разлучаться и т.д., как в области половой любви, а равно братской и т.п. любви)» (Петражицкий Л.И. Введение в изучение права и нравственности. С. 258). Я полагаю, что Петражицкий думал о третьем значении, когда говорил о любви как об идеале, к которому должна стремиться политика права. Необходимо подчеркнуть, что согласно учению психоанализа, эти три вида любви, выделенные Петражицким, в определенной степени находятся в отношении взаимного продолжения, даже несмотря на то, что третий вид может также быть связан с репрессией агрессивных побуждений (достаточно вспомнить о *Недовольстве культурой* Фрейда).

Как мы знаем, финальной стадией развития человечества, согласно Петражицкому, будет *угасание этических эмоций* и их полное замещение аффилиативными, переживаемыми в отношении всех страдающих существ²³.

В качестве промежуточной стадии он называет приписывание прав не только человеческим существам, независимо от их «расы», но и животным:

«В лучшей части современного культурного человечества уже не только “несть эллин, несть иудей”, но все более пробуждается, крепнет и развивается и нравственная, и правовая совесть и по адресу прочих, не человеческих живых существ, а в будущем, следует надеяться, известные нравственные и правовые обязанности по отношению к животным сделаются общим этическим достоянием всего человечества»²⁴.

Нам сейчас интересна именно эта промежуточная стадия.

Тенденция, отмеченная Петражицким, представляется способной «объяснить» возможную корректность предположения о существовании тенденций, подобных следующим:

1) все больше и больше людей переживает этические репульсии в отношении пыток и жестоких наказаний;

2) все больше и больше людей переживает этические репульсии в отношении мести, даже в случаях, когда лицо, желающее мести, является жертвой (или близким родственником жертвы) ужасного преступления;

3) все больше и больше людей переживает этические репульсии в отношении мучения животных²⁵.

Сейчас мышление Петражицкого в терминах тенденций может показаться реликтом стиля мышления XIX в., который резко критиковал Карл Поппер²⁶. Согласно Яну Горецкому Петражицкий из-

²³ Там же. С. 582, 591.

²⁴ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 117.

²⁵ Что касается (3), то позвольте мне отметить существование GAP («Great Ape Project», «Проект больших человекообразных обезьян») — международной организации, основанной в 1993 г., которая требует принятия Декларации ООН об определенных правах для орангутангов, шимпанзе, горилл и бонобо.

²⁶ Popper K. The Poverty of Historicism. London, 1957; см. также: Albert H. Die Möglichkeiten der Wissenschaft und das Elend der Prophetie // Lesebuch. Ausgewählte Texte / Albert H. Tübingen, 2001. P. 166–183.

бегал говорить в терминах универсальных законов, предпочитая им «тенденции развития», таким образом, «избегая историцистской ошибки [...], разоблаченной Поппером полвека спустя»²⁷.

В современных эпистемологических терминах тенденции не являются основанием объяснения. Вот почему до сих пор я всегда использовал термин *объяснять* в кавычках. Объяснения (так же как и предсказания) основаны на номологических гипотезах, но тенденции едва ли можно рассматривать как номологические гипотезы. Номологические гипотезы утверждают, что возникновение определенного *антецедента* (т.е. причины — П) увеличивает вероятность (р) определенного *консеквента* (т.е. следствия — С), по сравнению:

1) как с общей вероятностью *консеквента*,

2) так и с вероятностью, которую имел бы *консеквент*, если бы не произошел *антецедент*.

Таким образом у нас есть следующие две формулы:

$$p(C|P) > p(C) \quad (1)$$

$$p(C|P) > p(C|\neg P) \quad (2)$$

Можно показать, что в сущности обе эти формулы эквивалентны. Я остановлюсь на формуле (1).

Что является причиной увеличения аффилиативных установок среди людей? Может показаться, что согласно Петражицкому эта причина — простое *течение времени*. Если бы это было так, мы могли бы написать:

$$p(A|\Delta t) > p(A) \quad (3)$$

Буква А означает «аффилиативные установки» людей, в то время как Δt — определенный интервал времени. Если бы это было корректной реконструкцией мысли Петражицкого, мы должны были бы сделать следующий вывод: по его мнению, если бы мы могли заставить время идти быстрее, то получили бы большую гуманность — по крайней мере в долгосрочной перспективе²⁸.

Я думаю, что в современных терминах это не *причинно-следственная связь*, а *корреляция*. Таким образом, увеличение со вре-

²⁷ Gorecki J. Social Engineering Through Law // Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki / ed. by J. Gorecki J. Urbana etc., 1975. P. 118 (см. об этом также: Тимошина Е.В. Теория и политика права профессора Л.И. Петражицкого // Петражицкий Л.И. Теория и политика права. Избр. тр. / науч. ред. Е.В. Тимошина. С. 14–35).

²⁸ Нужно заметить, что Петражицкий часто подчеркивал нелинейный характер этой тенденции (ср.: Тимошина Е.В. Теория и политика права профессора Л.И. Петражицкого. С. 20).

менем аффилиативных установок среди людей нужно рассматривать как *загадку, требующую объяснения*.

Представляется, что мы можем поискать некоторые ответы на эту загадку также в этологии²⁹.

Нам нужна номологическая гипотеза, устанавливающая, какие обстоятельства, отличные от течения времени, могут увеличить число и вероятность аффилиативных эмоций в определенном обществе. Просто для примера мы могли бы назвать следующие: увеличение благополучия, равенства, признание прав женщин, уменьшение борьбы за ресурсы, половых партнеров и т.д. Я думаю, что едва ли необходимо подчеркивать, насколько совместимы эти предположения с общими идеями Петражицкого о приспособлении права (и этики в целом) к условиям человеческой жизни.

Давайте предположим, что тенденция, о которой говорит Петражицкий, существует (а лично я полагаю, что это так). В этом случае тенденция к расширению качества и количества определенных прав может рассматриваться как выражение тенденции увеличения аффилиативных установок, — выражение, позвольте мне повториться, не являющееся объяснением.

Существование у некоторого Субъекта³⁰ императивно-атрибутивной репульсии в отношении причинения боли определенному классу животных, например большим человекообразным обезьянам, означает, в терминологии Петражицкого, существование в психике Субъекта представления человекоподобных обезьян как имеющих определенные права.

В этом случае мы можем сохранить термин «*право человека*», поскольку Субъектом обычно является человеческое существо. Тем не менее, поскольку носитель прав (объект представления Субъекта) — это в приведенном примере животное, представляется, по меньшей мере, странным утверждать, что животные могут обладать правами человека. В этом заключается причина того, почему для отсылки к социоправовому явлению (в действительности некое-

²⁹ См., напр.: Aggression and Peacefulness in Humans and Other Primates / eds. J. Silverberg, J.P. Gray. New York & Oxford, 1992; De Waal F.B.M. 1) Good Natured. The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals. Harvard University Press, Cambridge (MA) & London, 1996; 2) The First Kiss. Foundation of Conflict-Resolution Research in Animals // Natural Conflict Resolution / eds. F. Aureli, F.B.M. De Waal. Berkeley etc., 2000.

³⁰ Я пишу *субъект* с заглавной буквы в значении каждого солипсического Я и использую прописную букву в значении объекта предикации в суждении.

рентному), которое является предметом данной статьи, возможно, уместнее было бы говорить скорее об основных правах, чем о правах человека.

Возможен и другой терминологический выбор: что касается класса императивно-атрибутивных убеждений, увеличение которых коррелирует с увеличением аффилиативных установок среди людей, то этот класс можно было бы обозначить термином «*гуманные правовые убеждения*», а класс соответствующих иллюзий³¹ — «*гуманными правами*»³².

Разумеется, условное переопределение социоправового явления основных прав как *гуманных прав* охватывает только один аспект этого социального явления. Это именно то, что происходит, когда ботаник пытается ввести научное понятие овощей, указывая их специфическую черту.

Понятие, к которому мы приходим через определение основных прав как гуманных прав, лишь пересекается с социальным понятием основного права. С одной стороны, некоторые права, которые многие люди называют *основными правами*, такие как, например, свобода слова, если она включают в себя право отрицать или даже оправдывать холокост, едва ли могут уложиться в рамки *гуманных прав*. С другой стороны, я считаю, что можно выдвинуть проверяемую гипотезу о том, что многие люди отказались бы называть основными правами *гуманные права*, приписываемые животным.

³¹ Петражицкий использовал бы термин «проекция». О том, почему теория проекций Петражицкого является «прыгающей», см.: Fittipaldi E. Explaining Naïve Legal Ontology.

³² Чтобы избежать недопонимания, необходимо подчеркнуть, что согласно Петражицкому аффилиативные эмоции представляют собой явление, отличное от этических эмоций (см., напр.: Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 507). Поэтому было бы неточно говорить о гуманном праве как о множестве правовых эмоций, *составленных* из аффилиативных эмоций. Я думаю, что анализ Петражицкого корректен. В современных психологических терминах в случае гуманных прав, в особенности, переживаемых третьей стороной, мы имеем дело с аффилиативными эмоциями как *предлогом* для освобождения в иных условиях ограниченной агрессивности. Это то, что можно назвать *возмущением* (в противоположность *гневу* правообладателя) (см. об этом: Fittipaldi E. 1) Explaining Naïve Legal Ontology; 2) Per una definizione interdisciplinare di norma). В целом, я думаю, что идея Фрейда о том, что этика базируется на агрессивности, вполне совместима с надеждой (и предсказанием) Петражицкого на то, что гуманность, в своей конечной стадии, не будет иметь этики.

Теперь следует сказать, что, как и социальное понятие овоща составлено из разных элементов, социальное понятие основного права также составлено из разнородных элементов. Один возможный элемент мы обсудили в данном пункте, а именно гипотезу о том, что распространение определенных императивно-атрибутивных переживаний (и последующих иллюзий — прав) вызвано увеличением аффилиативных установок. Эта гипотеза не является несовместимой с другими ранее сделанными предположениями.

3. Основные права и убеждения, касающиеся нормативных фактов. В п. 2 моей начальной точкой был анализ языкового употребления терминов для практических (или социальных) понятий и гипотеза Петражицкого об эволюции человеческой культуры. Из этой гипотезы я выделил условное определение права человека/основного права. В данном пункте я попытаюсь прямо ввести подкласс (основных) правовых убеждений, подходящих для построения адекватной теории прав человека в смысле концепции Петражицкого.

Моей начальной точкой, однако, будут не непосредственно сочинения Петражицкого, а идеи итальянского исследователя Джанлуиджи Паломбеллы. Вначале я представлю идеи Паломбеллы, а затем попытаюсь поместить их в рамки строго петражицкианской перспективы. Дж. Паломбелла пишет:

«Я утверждаю “функциональную” концепцию основной природы (основных) прав, предполагая, что обладание этой характеристикой соответствует скорее принятию специфической “функциональной” роли в системе правового государства, чем достижению этического верховенства, универсализма или субстанционального содержания, совпадающего с каким-либо перечнем прав “человека”. Основные права — это прежде всего *правовые нормы*, на которых держится правовая система. Их *моральная сила*, вероятно, происходит из того факта, что они являются субъективными “правами”, поддерживаемыми моральными доктринами, пусть и разными, а также множеством перспектив. Но это не то, что конституирует основной характер в правовой системе: эта квалификация существенно касается иерархии норм. Основные права являются основными потому что, *и если*, они принадлежат к (функционально) основным критериям признания в правовой системе»³³.

³³ Palombella G. Arguments in Favour of a Functional Theory of Fundamental Rights // International Journal for the Semiotics of Law — Revue Internationale de Sémiotique Juridique. 2001. № 14 (3). P. 303.

Я полагаю, что идея Паломбеллы может быть переведена в термины петражицкианской социопсихологии права следующим образом. Основные права — это иллюзии («проекции»), следующие из определенных подклассов правовых убеждений. Этот подкласс может быть определен функционально, а не содержательно. Основные правовые убеждения являются основными не вследствие некоего содержания, совпадающего со списком прав человека, но вследствие основной роли, которую они играют в психике определенного Субъекта. Их сила не обязательно выводится Субъектом из некоего официального или неофициального нормативного факта (даже если применение и поддержка некоторыми должностными лицами некоего неофициального нормативного факта превращает его в официальный нормативный факт по определению³⁴). Квалификация правовых убеждений в качестве основных касается взаимно относительной силы различных этических убеждений некоего Субъекта исключительно для этого самого Субъекта. Основные правовые убеждения являются основными потому что, и если, они относятся к *Grundnorm* некоего Субъекта (будет ли он должностным лицом или нет).

Паломбелла отказывается определять класс основных прав путем указания содержательного критерия. Он предлагает определять этот класс в зависимости от их принадлежности к *Grundnorm* должностных лиц государства (по крайней мере, высших). Согласно ему, *Grundrechte* — это *Grund-rechte*, потому что они принадлежат к *Grund-norm* некоего должностного лица или совокупности должностных лиц. В отличие от Паломбеллы я буду учитывать также простых граждан, но я не отрицаю особого положения должностных лиц.

В других работах³⁵ я доказывал, что петражицкианство не только совместимо с понятием *Grundnorm* Кельзена, но и нуждается в нем. В петражицкианстве есть место как для *догматико-правового*, так и для *психосоциолого-правового* понятия *Grundnorm*.

Я сосредоточусь здесь исключительно на психосоциолого-правовом понятии *Grundnorm*.

С социолого-правовой точки зрения мы можем определить понятие *Grundnorm* некоего должностного лица или гражданина-

³⁴ Ср.: Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 221.

³⁵ См., напр.: Fittipaldi E. 1) *Psicologia giuridica e realismo*. Milano, 2012; 2) Jerzy Lande.

на в качестве его конечных этических убеждений. Мы можем разграничить два вида конечных этических убеждений:

- 1) интуитивные этические убеждения;
- 2) интуитивные нормативно-фактические убеждения.

Понятие нормативно-фактических убеждений не было развито Петражицким, но оно требуется для полноты его теории. Я определяю убеждение в качестве «нормативно-фактического», если оно касается таких нормативных фактов, которые Субъект переживает как обязательные для себя.

Нормативно-фактические убеждения могут быть позитивными или интуитивными. Если, как гражданин Италии, я переживаю региональные законы как обязывающие, например, *потому что так сказано в Конституции*, мое нормативно-фактическое убеждение, касающееся обязательности региональных законов, позитивно. Если я переживаю их как обязывающие независимо от какого-либо другого нормативного факта, то оно интуитивно.

Нормативно-фактические (будут ли они интуитивными или позитивными) убеждения могут быть, по крайней мере, трех видов:

(2.1) *аксиотипологические нормативно-фактические убеждения*, а именно, убеждения, касающиеся типов (*types*) нормативных фактов, знаки (*tokens*) которых Субъект переживает как обязательные для себя;

(2.2) *ананкастические нормативно-фактические убеждения*, а именно, возможные дополнительные убеждения Субъекта, касающиеся условий, которым должен соответствовать нормативный факт (уже определенный при помощи аксиотипологических нормативно-фактических убеждений), чтобы переживаться как обязательный;

(2.3) *тетические нормативно-фактические убеждения*, а именно, возможные дополнительные убеждения Субъекта, касающиеся определенного индивидуализированного в пространстве и времени нормативного факта (еще не определенного при помощи аксиотипологических нормативно-фактических убеждений), которые побуждают Субъекта переживать его как обязательный.

К виду (2.1) может принадлежать диспозиция некоторого Субъекта переживать определенный тип нормативных фактов, например обычай, как обязательный для него самого (*ἄξια* как обязательность).

К виду (2.2) может принадлежать диспозиция Субъекта переживать в качестве обязательного исключительно обычаи, имеющий некоторую степень древности. Здесь степень древности играет роль *необходимого* (отсюда идея *ἀνάγκη*) условия обязательности определенного обычая. Я обязан термином *ананкастический* Амедео

Дж. Конте³⁶, но можно показать, что это понятие, если не термин, предполагается в сочинениях Петражицкого.

К виду (2.3) можно отнести диспозицию некоторого Субъекта переживать конкретную конституцию как обязывающую. Другой возможный пример — случай обязательности Свода законов, обсуждавшийся Петражицким в его *Теории права*³⁷. Это убеждение означает установление (отсюда идея *τιθῆναι*) в качестве обязательного конкретного нормативного факта со стороны Субъекта. Как термином, так и понятием я обязан Амедео Дж. Конте.

Можно сказать, что ананкастические убеждения ограничивают достижение аксиотипологических убеждений подклассом нормативных фактов, в то время как тетические убеждения распространяют обязательность на специфические, конкретные нормативные факты, не определенные посредством аксиотипологических убеждений.

Если конституционное государство (как представляемое Субъектом) полностью динамично в смысле Кельзена, то должностные лица не имеют интуитивных правовых убеждений и имеют только одно интуитивное тетическое нормативно-фактическое убеждение относительно первой конституции³⁸.

Давайте теперь сфокусируемся на *ананкастических* нормативно-фактических убеждениях, поскольку они открывают путь для помещения в рамки петражицкианства догадки Паломбеллы об основных правах.

Мы можем разграничить два вида ананкастических нормативно-фактических убеждений:

2.2. 1) формальные ананкастические нормативно-фактические убеждения;

³⁶ См., напр.: Conte A.G. *Eidetic-Constitutive Rules* // Pintore A., Jori M. *Law and Language. The Italian Analytical School*. Liverpool, 1997.

³⁷ Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности... С. 62.

³⁸ Профессор Мотыка возразил, что это убеждение не обязательно должно быть интуитивным, поскольку некоторые должностные лица или граждане могут переживать первую конституцию как обязывающую, потому что это *communis doctorum opinio* или потому что все переживают ее как обязательную. Я думаю, что это возражение весома, и оно поднимает сложный вопрос о том, какого рода факты могут вызывать и оправдывать некоторые нормативно-фактические убеждения. Следует также отметить, что в своих последних работах Кельзен ввел в *Grundnorm* также акситипологический выбор обычая, даже когда это несовместимо с первой конституцией (см. об этом: Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности...).

2.2. 2) содержательные ананкастические нормативно-фактические убеждения.

Формальные ананкастические нормативно-фактические убеждения касаются определенных *не-семантических* (или *процедурных* в широком смысле) фактов, которые *должны* или *не должны произойти*³⁹ для того, чтобы Субъект переживал определенные нормативные факты как обязательные для себя (например, убеждение некоторых английских должностных лиц в том, что определенный закон должен пройти определенную процедуру, чтобы переживаться как обязательный, или убеждение пастуха в том, что определенный обычай должен иметь определенную степень древности, чтобы переживаться им как обязательный).

Содержательные ананкастические нормативно-фактические убеждения касаются определенных *семантических* характеристик, которыми нормативный факт *должен* или *не должен обладать*, чтобы некоторый Субъект переживал его в качестве обязательно-го⁴⁰. В качестве примера такого рода ананкастического нормативно-фактического убеждения я буду использовать пример из Антигоны, который уже обсуждался профессором Поляковым в его статье:

Креонт

Как же могла закон ты преступить?

Антигона

Затем могла, что не Зевес с Олимпа

Его издал, и не святая Правда [Δίκη],

Подземных сопрестольница богов.

А твой приказ — уж не такую силу [σθένειν τοσοῦτον]

За ним я признавала, чтобы он,

Создание человека, мог низвергнуть [ὑπερδραμεῖν]

Неписанный [ἄγραπτα], незыблемый закон [νόμιμα]

Богов [θεῶν] бессмертных. Этот не сегодня

Был ими к жизни призван, не вчера:

Живет он вечно, и никто не знает,

С каких он пор [ἐξ ὅτου] явился меж людей⁴¹.

³⁹ Точнее, единственное, что имеет значение, это вера Субъекта в событие или отсутствие события. Я буду опускать эту важную квалификацию в целях краткости.

⁴⁰ Насколько мне известно, Я. Курцевский (Kurczewski J. O badaniu prawa w naukach społecznych. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 1977. P. 103) впервые привлек внимание к факту, что все нормативные факты в некотором роде символичны.

⁴¹ Софокл. Антигона // Софокл. Драмы / пер. Ф.Ф. Зелинского, под ред. М.Л. Гаспарова и В.Н. Ярхо. М., 1990. С. 449-457.

Здесь Антигона риторически вопрошает, имеет ли закон Креонта «силу» (σβένει τοσοῦτον) для «отмены» (ὀλερδραμεῖν, overcome) ее этики. Этика Антигоны представляется имеющей многие типичные черты интуитивной этики Петражицкого. Она вечна. Никто не знает, когда она впервые появилась. Представляется, что даже если Зевс или Дике (Δίκη) обладает властью отменить эту этику, никто из них не является ее автором. Поскольку никто не знает, когда (ἐξ ὅτου) «незыблемый закон» впервые появляется, представляется возможным интерпретировать θεῶν (во фразе νόμιμα θεῶν) как объективный генитив, а не субъективный: он является не правилом, установленным богами, а правилом, управляющим *даже* богами. Но это не влечет за собой значимости данного примера для нас. Даже если бы мы интерпретировали этику Антигоны как позитивную⁴², мы все еще сталкивались бы с конфликтом двух этик: с одной стороны, официально-позитивного права Креонта, с другой — неофициально-позитивной этики Антигоны, и здесь мы заинтересованы в содержательных анакастических нормативно-фактических убеждениях, независимо от их позитивности или интуитивности. Поскольку ниже я вернусь к возможности неофициальных позитивных основных правовых убеждений, пока я буду допускать, что Антигона противопоставляет Креонту свою *интуитивную этику*.

Антигона имеет *содержательное* анакастическое нормативно-фактическое убеждение в том, что, для того чтобы законы Креонта являлись обязывающими, их смысл не должен контрастировать с ее определенными интуитивно-этическими убеждениями. Интуитивно-этические убеждения Антигоны, касающиеся погребения родственников, работают не только на *этическом* (или *деонтическом*) уровне, но и на *нормативно-фактическом* (или *аксиотическом*)⁴³ уровне так, что Антигона не переживает закон Креонта как обязывающий, как имеющий силу для нее.

Что остается неясным, так это то, имеет ли этическое убеждение Антигоны нравственную или правовую природу? Если это правовое убеждение, то тогда кто является здесь атрибутивной

⁴² Впервые мое внимание к возможности такой интерпретации привлек профессор К. Мотыка.

⁴³ Я обязан Амедео Дж. Конте терминами *аксиотика* и *аксиотический*. Я использую существительное *аксиотика* в значении «наука об обязательности нормативных фактов», а прилагательное *аксиотический* в значении «касающийся обязательности нормативных фактов».

стороной? Если мы не находим атрибутивную сторону, мы не можем говорить о правовых явлениях. В данном случае можно предположить, по крайней мере, две атрибутивные стороны.

Согласно первой реконструкции атрибутивной стороной является Антигона, которая имеет право похоронить своего брата. Это реконструкция, предложенная профессором Поляковым:

«Право Антигоны похоронить своего брата является не столько даже правом, сколько обязанностью, и эта обязанность имеет не только моральный, но и правовой смысл и должна интерпретироваться как правовая обязанность. В глазах древнегреческого общества эта обязанность предстает как право (притязание) на исполнение обязанности, поэтому запрет на ее исполнение воспринимается как посягательство на право человека — право погребать своих мертвецов»⁴⁴.

Праву Антигоны можно дать и другую интерпретацию. Мы можем предположить, что она переживает правовую эмоцию, в которой Полиник (или его ψυχή «душа») выступает атрибутивной стороной. Как мы знаем, в петражицкианстве ничто не препятствует приписыванию права духам или умершим⁴⁵.

Представляется, что вопрос о том, какая интерпретация правильная (или обе они правильны одновременно) может быть решен только антропологическим исследованием. Но и в интерпретации профессора Полякова, и в интерпретации, предложенной здесь, мы сталкиваемся с императивно-атрибутивным явлением, находящемся в психике Антигоны.

Мы приближаемся к пункту, на котором я вновь останавлиюсь ниже. Представляется, что аспектом социально-правового явления основных прав, отличающим его от естественно-правовой традиции, является решающая роль, которую в нем играют императивно-атрибутивные явления, *в то время как в естественно-правовой традиции некоторую роль также играют чисто императивные или чисто атрибутивные явления.*

⁴⁴ Поляков А.В. Верховенство права, глобализация и проблемы модернизации философии и теории права. С. 28. В этом фрагменте ставится очень интересный и сложный вопрос о том, как мы должны понимать *право на исполнение обязанности* в рамках петражицкианства. Исследование этого вопроса требует отдельной статьи.

⁴⁵ Возможность моей интерпретации, как представляется, исключается А.В. Поляковым и М.В. Антоновым (см.: Polyakov A.V., Antonov M. Leon Petrażycki's Legal Theory and Contemporary Problems of Law. P. 377).

Что касается явлений, обычно переживаемых как чисто императивные, то представьте себе этическую репульсию по отношению к именованию *браком* (и к юридико-догматическим последствиям этого) постоянного союза, который не является моногамным, разнородным и заключенным в порядке официального бракосочетания или этическую репульсию в отношении мучения животных без переживания их в качестве атрибутивных сторон, уполномоченных на то, чтобы их не мучили (см. выше п. 2). Что же касается чисто атрибутивных явлений, то достаточно вспомнить о *jus necessitatis* (*Notstand*) или о праве солдата⁴⁶ убить врага. Я думаю, что едва ли кто-то будет переживать потерпевшего от осуществления этих прав как императивную сторону, имеющую обязанность претерпевать (*pati*) их осуществление.

Теперь мы можем адаптировать догадку Паломбеллы к петражицкианству путем *определения основных прав в качестве императивно-атрибутивных убеждений*⁴⁷ как должностных лиц, так и простых граждан некоторого государства, в психике которых данные убеждения играют аксиотическую роль⁴⁸. Если некоторый нормативный факт несовместим с этими ананкастическими нормативно-фактическими убеждениями, он не переживается как обязывающий Субъектом, несмотря на то, что может быть совместим с другими формальными ананкастическими нормативно-фактическими ожиданиями Субъекта.

Для лучшего прояснения природы ананкастических нормативно-фактических убеждений позвольте мне уделить несколько слов случаю формальных ананкастических убеждений, «более простому» по сравнению с содержательными. Это даст нам возможность сравнить эти два разных явления для лучшего прояснения природы основных правовых убеждений. Обычно ананкастические нормативно-фактические убеждения состоят из определенных интересубъективно удостоверяемых процедур, которые должны иметь место (или не должны — например, отмена или *desuetudo*), чтобы некоторый нормативный факт переживался как обязывающий. Эти процедуры не

⁴⁶ Об этом примере см.: Kurczewski J. Ambiguous Reciprocity // The Polish Sociological Bulletin. 1976. № 2.

⁴⁷ Эти убеждения не обязательно являются неофициально-интуитивными. Я вернусь к этому вопросу ниже.

⁴⁸ Эта «игра роли» соответствует использованию термина «функциональный» Паломбеллой.

касаются понятия некоторого нормативного факта⁴⁹, они касаются только его обязательности (в данном случае имеется в виду психо-социологическая обязательность)⁵⁰. Некоторые члены итальянского Парламента могут собраться в моем доме и разработать закон. *Даже если этот закон будет переживаться как обязательный мною и теми людьми, которые собрались в моем доме*, до того, как он будет промульгирован Президентом республики, вероятность того, что он будет переживаться как обязывающий должностными лицами (и простыми гражданами) равна нулю⁵¹. Но это не означает отрицания того, что данный текст является законом для меня и моих гостей. Это просто констатирует его весьма вероятную социологическую необязательность. Эта высокая вероятность необязательности может быть объяснена предположением, что большинство людей имеют формальные ананкастические нормативно-фактические убеждения, в соответствии с которыми законы в Италии для их обязательности должны быть промульгированы Президентом республики. Если не принимать в расчет такие крайние случаи, в современных конституционных государствах правовая психика переживает как обязательный любой нормативный факт, изданный некоторым официальным органом, при условии, что в нем нет крайних погрешностей⁵².

Как уже было отмечено, *обычно* должностные лица и простые граждане не переживают законы как обязательные до их промульгации главой государства, который подтверждает, что они прошли определенную процедуру их рассмотрения. Эти формальные ананкастические нормативно-фактические убеждения *обычно вызывают*

⁴⁹ Ср. страницы, где Петражицкий отбрасывает любые попытки определить законы в терминах их *Verfassungsmässigkeit* (Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 536). Разумеется, *Verfassungsmässigkeit* может рассматриваться как множество ананкастических условий для обязательности некоторого нормативного факта.

⁵⁰ О различии между психосоциологической и догматической обязательностью см.: Фиттипальди Э. Наука на службе у принципа законности...

⁵¹ В действительности, президент, который промульгировал бы такой закон, подвергся бы импичменту за *атаку на Конституцию* (ст. 90 Конституции Италии).

⁵² Это социоправовая версия *Prinzip der Selbstlegitimation des behördlichen Aktes* («принципа самолегитимации властного акта») Ганса Кельзена и то, что мы можем назвать *hypothese der tendentiellen Selbstlegitimation des behördlichen Aktes* («гипотеза о тенденции к самолегитимации властного акта») (см.: Kelsen H. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit // Die Wiener Rechtstheoretische Schule / eds. H.R. Klecatsky et al. Salzburg & Stuttgart, 1968–2010. P. 1828).

ся такими нормативными фактами, как, например, следующий: «Условием для вступления в силу законов, указов и актов локального права является их промульгация» (Конституция Польши, ст. 88).

Но вопрос о природе формальных ананкастических нормативно-фактических убеждений совершенно независим от вопроса о том, имеют ли они позитивную или интуитивную природу. Этот вопрос может быть поставлен так: *какими погрешностями некоторый нормативный факт должен обладать для Субъекта Х, чтобы он переживал его как необязывающий?* Указанный вопрос превращается из психически-правового в социоправовой, когда в расчет принимается большое число людей.

Представим, что в некоторых случаях определенные законы могут переживаться как обязывающие, несмотря на то, что они не были ни приняты парламентом, ни промульгированы главой государства. Таков, например, случай *Свода Законов Российской Империи*, обсуждавшийся Петражицким⁵³. Комиссия, уполномоченная подготовить эту компиляцию, часто меняла тексты включаемых в нее законов или даже вставляла совершенно новые. Более того, должностные лица и большинство населения перестали переживать как обязательные законы, не включенные в Свод комиссией; таким образом, их можно было считать социологически отмененными. Все это произошло без какого-либо одобрения Думы или промульгации Императора.

Действительно, вопрос о том, какие формальные погрешности в определенной *правовой системе* (в социологическом смысле) могут вызывать *непереживание* обязательности определенного нормативного факта и какие другие погрешности не могут этого вызвать, представляет собой интересный социоправовой вопрос. Но я обратил на него внимание только для прояснения вопроса об основных правах, а именно, вопроса об *определенных содержательных* ананкастических нормативно-фактических убеждениях.

Я отметил выше, что непромульгация закона главой государства обычно вызывает его *непереживание* в качестве обязывающего должностными лицами и большинством населения. Промульгация является формальным условием.

Теперь позвольте мне продолжить использование примера, взятого из польской конституции и задать следующий вопрос: что изменится, если в нее будет внесена статья следующего содержания?

⁵³ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. § 45.

Условием для вступления в силу законов, указов и актов локального права является их совместимость с врожденным и неотчуждаемым достоинством человека, которое является источником свобод и прав человека.

Такой нормативный факт будет стремиться вызывать у должностных лиц (и большинства населения) (позитивное) содержательное ананкастическое нормативно-фактическое убеждение, согласно которому закон, несовместимый с подмножеством их правовых убеждений — не только не должен быть! — но и не является обязывающим. Однако я не знаю ни одной конституции или ее раздела, которая стремилась бы вызвать у должностных лиц или у большинства населения *содержательные* ананкастические нормативно-фактические убеждения⁵⁴.

Причина этого с политико-правовой точки зрения очевидна. Нормативный факт, вызывающий нормативно-фактическое убеждение о том, что определенные правовые убеждения индивида могут иметь решающее значение для обязательности официально изданных законов, стал бы опасным источником конфликтов. Между прочим, такой нормативный факт усилил бы тенденцию, уже заложенную, согласно Петражицкому, в *интуитивные* правовые убеждения. Как он подчеркивал, интуитивные правовые убеждения обычно имеют «высший ранг [...], значение [...] как высшего масштаба и критерия для оценки позитивных норм, для порицания их в случае несоответствия их содержания содержанию интуитивных норм и т.д.»⁵⁵.

С социопсихологической точки зрения, так же как и для формальных ананкастических нормативно-фактических убеждений, можно задать вопрос, есть ли в некотором государстве или в некоторой социальной среде определенные интуитивные *содержательные* анан-

⁵⁴ Примерно подходящим примером может быть § 11 немецкого Закона о солдатах (SG, Soldatengesetz) согласно которому «Нет нарушения дисциплины, если команда не соблюдается по причине покушения на человеческое достоинство». Этот пример требует специального обсуждения.

В данном контексте стоит вспомнить, что согласно Петражицкому так называемые *хартии прав* это не *законы* в техническом смысле, а, скорее, *признания* (Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 605).

⁵⁵ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 485.

кастические нормативно-фактические убеждения, которые могли бы воздействовать на определенных Субъектов так, чтобы те не пережили определенные нормативные факты как обязательные?

Если они есть и если такие содержательные убеждения берут свое содержание из определенных правовых убеждений Субъекта, то мы имеем дело с явлением, в определенной степени пересекающимся с правами человека⁵⁶.

Я думаю, что в рамках концепции Петражицкого такими правовыми убеждениями, как лучшими кандидатами на роль содержательных ананкастических нормативно-фактических убеждений, являются *аксиомы интуитивного права*, которые я предпочитаю называть *основными правовыми убеждениями*:

«Следует отметить, что позитивный шаблон с его назначением предупреждать и устранять правовые разногласия и сомнения с их вредными и опасными последствиями является чем-то совершенно лишним и ненужным в тех областях права, где имеются столь общие и крепкие интуитивно-правовые убеждения, что подлежащие правила общежития, обязанности и права ни в ком, кроме разве психически ненормальных людей, не могут возбуждать сомнений. Такие положения можно условно назвать аксиомами интуитивного права.

Например, споры о том, могут ли по праву дети убивать родителей, родители детей, вообще, можно ли убивать ближних, наносить им раны, увечья, выкалывать глаза и т.п., истязать их, клеветать, оскорблять, поджигать и иначе истреблять их имущество, красть, насиловать и проч. и проч., или этого нельзя, мы обязаны по отношению к другим воздерживаться от этого и имеем право на то, чтобы нас не убивали и т.д., — психологически невероятны; а во всяком случае они не могут иметь такого значения в правовой жизни цивилизованных народов, чтобы с их возможностью следовало серьезно считаться. Ибо в психике этих народов имеются соответствующие аксиомы интуитивного права.

⁵⁶ Идея, схожая с идеей содержательных ананкастических нормативно-фактических убеждений, была предложена Густавом Радбрухом (Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht // Radbruch G. Rechtsphilosophie. Stuttgart: K.F. Koehler, 1950. S. 353), по мнению которого следствие *Maß der Unerträglichkeit* («степени нетерпимости») состоит в том, что закон *weicht* («уступает место») Справедливости. Не вполне ясно, имеет ли, согласно Радбруху, это явление место в реальности, внешней по отношению к Субъекту, или происходит исключительно в нормативной реальности внутри него.

Точно так же исключены сомнения и споры о том, имеют ли люди право есть, спать и отправлять иные физиологические потребности, умываться, одеваться, разговаривать и проч. и проч., так что все обьязаны это терпеть, никакое начальство не может этого запрещать (курсив мой. — Э.Ф.), наказывать заслушивание, за дыхание вопреки запрещению и т.п.»⁵⁷.

Закон, запрещающий всем гражданам отправлять физиологические потребности, вероятно, не будет принят всерьез (т.е. не будет восприниматься как обязательный) большинством должностных лиц и населением в целом. Я думаю, что мы можем интерпретировать невозможность для власти запрещать что-либо подобное как психосоциологическое предсказание того, что нормативный факт с этим значением не будет переживаться как обязательный⁵⁸. Это относится также к другим примерам Петражицкого.

Но все зависит от исторических обстоятельств, и несложно представить, при каких обстоятельствах определенное содержательное ананкастическое нормативно-фактическое убеждение прекратит свое существование для должностных лиц и населения. Представьте, если бы сегодня, внезапно, был введен закон с целью дискриминации евреев. Я думаю, что многие должностные лица отказались бы считать такой закон обязывающим. Проблема в том, что такие законы едва ли вводятся *внезапно*. Исторически их издание следует за повторяющимися *Kristallnächte*, которые сперва превращают немыслимое в мыслимое, а впоследствии делают это возможным и, наконец, реальным. В таких случаях содержание (*intension*) для фраз о «правах человека»/«основных правах» будет оставаться тем же, но их объем (*extension*) сперва сократится, а затем исчезнет.

Таким образом, я адаптировал условное определение основных права Паломбеллы к петражицкианству путем их понимания как содержательных ананкастических нормативно-фактических убеждений, содержание которых обусловлено определенными правовыми убеждениями Субъекта. Но, как мы уже видели, это редкое или

⁵⁷ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 615.

⁵⁸ В терминологии Амедео Дж. Конте мы сталкиваемся здесь с аксиотической невозможностью.

чрезвычайное явление. В большинстве случаев тот факт, что значение некоторых нормативных фактов несовместимо с некоторыми правовыми (или этическими) убеждениями Субъекта, не означает автоматически, что Субъект перестает переживать их как обязывающие для себя. Обычно Субъект переживает их как обязывающие, пока не издан некоторый нормоуничтожительный нормативный факт. Убеждения, которые касаются условий издания таких нормоуничтожительных фактов, я назову парананкастическими нормативно-фактическими убеждениями⁵⁹.

Чтобы представить понятие парананкастического убеждения, я переформулирую мое, вдохновленное Паломбеллой, петражицкианское определение основных прав с одним небольшим уточнением: основные права являются правовыми убеждениями (являясь официальными или неофициальными, позитивными или интуитивными) должностных лиц (или простых граждан), которые в их психике играют роль содержательных ананкастических нормативно-фактических убеждений таким образом, что, если определенный нормативный факт — например, закон, принятый парламентом и опубликованный главой государства — несовместим с их правовыми убеждениями, то такой нормативный факт переживается как необязательный, *без необходимости его «аннулирования» некоторым органом*. Таким образом, парананкастические убеждения являются убеждениями, касающимися условий осуществления власти «аннулирования».

Как я уже отмечал, едва ли было бы безопасно с точки зрения политики права вводить нормативный факт с целью разрешить *любому гражданину или должностному лицу как угодно* опираться на свои правовые убеждения (будь они интуитивными или позитивными, официальными или неофициальными) для установления обязательности или необязательности некоторого нормативного факта.

Вот почему в современных конституционных государствах нормативный факт, называемый *конституция*, обычно содержит положение о том, что сила создавать нормоуничтожительные факты,

⁵⁹ Я адаптирую к петражицкианству понятие, разработанное в 1988 г. Джимпало Аццони (Azzoni G. Il concetto di condizione nella tipologia delle regole. Padova, 1988. P. 95 и далее) — участником школы Амедео Дж. Конте (о школе Конте см.: Żelaniec W. Create to Rule. Studies on Constitutive Rules. Milan, 2013. P. 28 и далее, что также является отличным введением во многие понятия, предложенные Амедео Дж. Конте).

ставящие своей целью противодействие социопсихической обязательности некоторого (другого) нормативного факта (переживаемого как несовместимого с определенными правовыми убеждениями), приписывается некоей *специальной власти*. Такими органами власти обычно выступают специально созданные *конституционные суды*. В некоторых случаях, эта сила предоставляется всем судам, так, что верховный суд играет роль конституционного суда только в качестве суда последней инстанции. Некоторые конституции могут содержать положения о том, что эти властные органы могут опираться на свои интуитивно-правовые переживания для введения нормоуничтожительных фактов, которые представляют собой нечто среднее между судебным решением и законом⁶⁰.

В определенных случаях могут быть *дальнейшие* ограничения. Давайте рассмотрим ст. 30 Конституции Польши: *«Врожденное и неотчуждаемое достоинство человека является источником прав и свобод человека и гражданина. [...]»*

Мне представляется маловероятным, что это положение вызовет у какого-либо судьи убеждение в обладании полномочием создавать нормоуничтожительный факт, направленный против другого нормативного факта, который, например, разрешает болезненную вивисекцию. Если «достоинство» некогда принадлежало только людям, имеющим высокие ранги в обществе, то в наши дни, как представляется, оно приписывается всем человеческим существам.

Конституционные положения об основных правах обычно стремятся вызвать у судей конституционных и верховных судов убеждение в наличии у них полномочия издавать некоторый нормоуничтожительный факт, имеющий целью устранение социопсихического эффекта, произведенного другим нормативным фактом. Здесь мы имеем дело с *pati — facere* правовым убеждением относительно издания некоторого нормативного факта. *Это убеждение не имеет ничего общего с явлением простого непереживания нормативного факта как обязывающего*. Рассматриваемые нами положения вызывают содержательные *парананкастические* гипотетические правовые убеждения. Эти убеждения не касаются переживания некоторого нормативного факта как обязывающего. Они касаются

⁶⁰ В терминах догматики права это называется аннулированием или отменой, в зависимости от временного размаха попытки уничтожить соответствующие убеждения.

типов обстоятельств⁶¹, которые должны наступить для кого-то, например, для судьи конституционного суда, чтобы он переживал себя как уполномоченного издавать некоторый нормоуничтожающий нормативный факт.

Во избежание неправильного понимания я хочу подчеркнуть, что ссылаюсь *также* на те случаи, когда эти суды «создают» права, отличные от тех, которые прямо перечислены в конституции или в каком-либо другом нормативном факте (таком как международные договоры, ратифицированные государством). На самом деле эти случаи представляются очень интересными с социолого-правовой точки зрения. Другое социопсихическое явление, которое следует изучить, состоит в том, что судьи представляются скромными, когда дело доходит до прямого выражения их интуитивно-правовых убеждений. Во многих случаях они будут претендовать на то, что основываются на некотором своем судебном прецеденте. В этом случае они пытаются представить свое решение (т.е. нормоуничтожительный факт) как следствие некоторого предшествующего обязывающего официального нормативного факта. В других случаях они могут основываться на *неофициальных* нормативных фактах, превращая их в официальные. На это явление обращал внимание уже Петражицкий: «Иногда предъявляются притязания, приписываются обязанности и т.д. со ссылкой на то, что так принято “во всем мире”, “у всех народов”, “во всех цивилизованных странах”, “во всех конституционных государствах” [...]»⁶².

Здесь Петражицкий рассуждает на деонтическом уровне, но я думаю, что это его наблюдение можно распространить также и на аксиотический уровень. В любом случае, мы можем сказать, что Петражицкий был одним из первых исследователей, описавших явление транснационального права.

В заключение, я полагаю, что могу предложить следующее (второе)⁶³ условное определение прав человека/основных прав:

⁶¹ Я использую терминологию Энрико Паттаро (Pattaro E. The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be. Berlin etc., 2005. P. 16, сноска 18) для выражения немецкого термина *Tatbestand* и итальянского термина *fattispecie astratta*.

⁶² Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. С. 612.

⁶³ Первое предложено в п. 2.

1) правовые убеждения (будут ли они официальные или неофициальные, позитивные или интуитивные) должностных лиц (или простых граждан) некоторого государства, которые в их психиках играют роль содержательных ананкастических нормативно-фактических убеждений;

2) правовые убеждения (будут ли они официальные или неофициальные, позитивные или интуитивные), на основании которых подмножество должностных лиц переживает уполномоченность издавать нормоуничтожительные факты, направленные против некоего другого нормативного факта.

Вновь, как и в п. 2, моя цель здесь состояла не в том, чтобы вывести сущность основных прав или прав человека, а, скорее, выделить один элемент, который, вероятно, может быть найден в социальном понятии основных прав/прав человека.

Я надеюсь также на то, что в данном случае, как и в случае с основными правами, условно переопределенными как гуманные правовые убеждения, психосоциолог права может обнаружить адекватные теории в смысле Петражицкого или, по крайней мере, некоторые интересные тенденции или корреляции.

Одна простая, адекватная, вероятно, тривиальная теория состоит в том, что нормативные факты, вызывающие содержательные ананкастические нормативно-фактические убеждения у должностных лиц (или простых граждан), будут значительно более конфликтно-порождающими, чем нормативные факты, вызывающие содержательные *парананкастические* убеждения, в соответствии с которыми определенные должностные лица уполномочены издавать нормоуничтожительные нормативные факты. Как представляется, это является социоправовой гипотезой, на основании которой может быть оправдано политико-правовое изобретение конституционных судов.

Перевод с англ. А.А. Краевского; под ред. Е.В. Тимошиной